

Tilburg University

Teugels en tegenwichten in de democratische rechtsstaat

Adams, Maurice

Publication date:
2018

Document Version
Version created as part of publication process; publisher's layout; not normally made publicly available

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M. (2018). *Teugels en tegenwichten in de democratische rechtsstaat: Over rechtspraak en politiek in de 21ste eeuw*. FHR Lim a Po Institute for Social Studies.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TEUGELS EN TEGENWICHTEN IN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT OVER RECHTSPRAAK EN POLITIEK IN DE 21^{STE} EEUW

MAURICE ADAMS*

- I. Inleiding
- II. Probleemstelling
- III. Vier stellingen
 - 1. Wil de rechtspraak betekenisvol zijn dan is die onvermijdelijk dynamisch
 - 2. Daag de rechter niet uit om beleid te maken
 - 3. Als de verschillende machten ten opzichte van elkaar geen gematigdheid weten te betrachten, worden democratie én rechtsstaat buiten spel gezet
 - 4. De *trias politica* kan alleen goed functioneren als de machten elkaar zien staan
- IV. Zijn er nog verschillen tussen wetgever en rechter?
- V. Montesquieu en de rechter als 'mond van de wet'
- VI. Wat kan een zinvolle interpretatie van de *trias politica* nog zijn?
- VII. Een excursie in het democratische veld: *public interest litigation* en de rechter als hoeder van het algemeen belang
- VIII. Slotbeschouwing

* Maurice Adams is verbonden aan Tilburg Law School (Tilburg University) als hoogleraar Democratie en Rechtsstaat (leerstool vfonds) en als gewoon hoogleraar Encyclopedie van het Recht (m.adams@tilburguniversity.edu). Uitgewerkte tekst van een lezing in Paramaribo/Suriname, op 27 oktober 2017.

I. Inleiding

Mijn betoog is opgebouwd rond een casus waarover de Rechtbank Den Haag nog niet zo heel lang geleden, op 24 juni 2015, besliste.¹ De casus zorgde in Nederland, maar ook daarbuiten, voor aardig wat opschudding.² De vraag die erin centraal stond, is of de Stichting Urgenda, die behalve zichzelf tevens een kleine 900 andere eisers vertegenwoordigde, de Nederlandse Staat via de route van een onrechtmatige daadsactie kon dwingen om de uitstoot van vooral CO₂ te beperken.³ Meer specifiek stelde Urgenda – het woord is overigens een samenstelling van urgent en agenda – dat de Staat bij de huidige stand van het klimaatbeleid ernstig tekortschoot in haar zorgplicht. Dit “leidt of dreigt te leiden tot een opwarming van de aarde met meer dan 2 °C (...)”⁴, wat volgens Urgenda een onaanvaardbare en zelfs “potentieel catastrofale”⁵ klimaatverandering is. Vandaar dat Urgenda voor de civiele rechter een bevel aan de Staat vorderde om “het gezamenlijk volume van de jaarlijkse Nederlandse emissie van broeikasgassen zodanig te (doen) beperken dat het gezamenlijke volume van die emissies per ultimo 2020 met 40%, althans met minimaal 25%, zal zijn verminderd ten opzichte van het jaar 1990.”⁶

De Nederlandse Staat betoogde dat Urgenda niet-ontvankelijk is “(...) voor zover zij opkomt voor de rechten en belangen van huidige of toekomstige generaties in andere landen.”⁷ Tevens zouden de vorderingen niet toewijsbaar zijn omdat er “geen sprake is van (een reële dreiging van) aan de Staat toe te rekenen onrechtmatig handelen jegens Urgenda.”⁸ Een inbreuk op de artikelen 2 en 8 EVRM, zoals door Urgenda betoogd, was niet aan de orde, en er zou ook geen rechtsplicht bestaan “van de Staat om maatregelen te nemen waardoor de gevorderde reductiedoelstellingen worden gehaald.”⁹ Bovendien was er volgens de Staat niet voldaan aan de voor een onrechtmatige daad noodzakelijke vereisten van causaal verband en schade.¹⁰ Daarnaast zou toewijzing van (een deel van) de bevelsvordering in strijd zijn met “de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid”, en “zou de machtscheiding worden doorkruist en de onderhandelingspositie van de Staat in de internationale politiek schaden.”¹¹

¹ Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Zie: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145>

² Er was volop berichtgeving in de nationale én internationale pers, en de hoeveelheid academische literatuur is indrukwekkend. Zie voetnoot 12 voor een niet-limitatief overzicht van de Nederlandstalige publicaties.

³ Althans verder dan uit de beleidshandelingen en -voornemens van de Staat zou voortvloeien.

⁴ Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, rechtsoverweging 3.2.

⁵ Idem, rechtsoverweging 3.2.

⁶ Idem, rechtsoverweging 3.1.

⁷ Idem, rechtsoverweging 3.3.

⁸ Idem, rechtsoverweging 3.2.

⁹ Idem, rechtsoverweging 3.3.

¹⁰ Conclusie van Dupliek door de Staat, zitting 21 januari 2014, punt 8.1-8.7

¹¹ Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015 rechtsoverweging 3.3.

II. Probleemstelling

De casus Urgenda ga ik hier niet verder juridisch analyseren; de standpunten daarover verschillen en voor mijn doelstellingen is dergelijke analyse ook niet nodig.¹² Wel vermeld ik dat de Nederlandse Staat van de Haagse Rechtbank inderdaad het bevel kreeg de uitstoot van broeikasgassen voor einde 2020 met minimaal 25% terug te dringen (in vergelijking met de uitstoot in 1990). Volgens de rechtbank zou Nederland bij ongewijzigd beleid niet verder komen dan een beperking van 17%, en verzaken aan haar zorgplicht jegens haar burgers.¹³

Bij dit alles is overigens opvallend dat de rechter zich omstandig laaft aan wetenschappelijk bewijsmateriaal, zoals neergelegd in rapporten van gezaghebbende nationale en internationale organisaties. Bovendien wordt de interpretatie van de zorgplicht uit het Burgerlijk Wetboek, stevig door publiekrechtelijke en niet steeds rechtsreeks werkende regels ingekleurd (reflexwerking): de Grondwet wordt ingeroepen, het Kyoto Protocol, het EVRM, EU-recht en VN-recht, en ook milieurechtelijke beginselen (zoals preventie, *no harm*, voorzorg). Maar in de motivering passeren ook brieven en notities van (organisaties van) bezorgde burgers, en verklaringen en soms zelfs harde toezeggingen van de Nederlandse regering ten aanzien van het klimaatbeleid. De motivering is, kort gezegd, stoutmoedig en innovatief.¹⁴

¹² Ik verwijs daarvoor uiteraard naar het arrest zelf en de onderliggende stukken, die kunnen worden geraadpleegd via: www.urgenda.nl/themas/klimaat-en-energie/klimaatzaak. Zie tevens de volgende literatuur (waarbij dankbaar gebruik werd gemaakt van het bibliografische werk door Anna Beelaerts van Blokland, die aan Tilburg Law School onder begeleiding van auteur dezes haar masterscriptie schreef over de zaak Urgenda): L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis: rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *Nederland Juristenblad* 2015, p. 2278-2288; L. Bergkamp, 'Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat', *Nederlands Juristenblad* 2016, p. 193; G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter. Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *Ars Aequi Maandblad* 2016, p. 26-33; G.M. van den Broek, 'Kroniek milieuaansprakelijkheid', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2016/30, p. 152-159; A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het houten kelderluik', *Ars Aequi Maandblad* 2016, p. 34-40; S. Flikkers, 'Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generaties', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 2289-2293; R.A.J. van Gestel, 'Urgenda: een typisch gevalletje rechter, wetgever of politiek?', *RegelMaat* 2015, p. 384-39; E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2015, p. 319-326; M. Loth en R. van Gestel, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 2598-2599; L. Meijer, 'Urgenda-vonnis ontbeert goede wetenschappelijke onderbouwing', *Milieu&Recht* 2016, p. 36; R. Ortlep, 'De Urgenda-uitspraak: wetgever en regering onder verscherpt rechterlijk toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2016, p. 29-32; N.J. Schrijver, 'Redactionele kanttekeningen: wie is de keizer zonder kleren? De trias politica in de klimaatzaak van Urgenda', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2015, p. 237-238; R. Schutgens, 'Urgenda en de trias: enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakend klimaatvonnis van de Haagse rechter', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 2276-2277.

¹³ De Staat heeft overigens hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Den Haag. Dat beroep is nog hangende. Zie voor het verloop tevens de in de vorige voetnoot vermelde internetpagina.

¹⁴ Aldus ook N.J. Schrijver, 'Wie is de keizer zonder kleren?', p. 237.

Waar het me hier wel om te doen is, is de betekenis te doorgronden van een aantal van de *obiter dictae* in de uitspraak, en dan vooral die betrekking hebben op de vermelde beleidsvrijheid en machtenscheiding. Kort gezegd gaat het dan om de vraag: hoort deze zaak wel in de rechtszaal thuis? Het loont de moeite om de inhoudsindicatie, zoals door de Rechtbank zelf opgesteld, bij het vonnis te citeren:

“De Staat moet meer doen om het dreigende gevaar veroorzaakt door de klimaatverandering te keren, gegeven ook zijn zorgplicht voor de bescherming en verbetering van het leefmilieu. De effectieve controle op het Nederlandse emissieniveau is een taak van de Staat. Daarnaast zijn de kosten van de door de rechtbank bevolen maatregelen niet onaanvaardbaar hoog. De Staat kan zich niet verschuilen achter het argument dat de oplossing van het wereldwijde klimaatprobleem niet alleen afhangt van Nederlandse inspanningen. Elke vermindering van uitstoot draagt namelijk bij aan het voorkomen van een gevaarlijke klimaatverandering. Nederland zou als geïndustrialiseerd land hierin voorop moeten lopen.

De rechtbank betreedt met dit bevel niet het terrein van de politiek. De rechtbank moet rechtsbescherming bieden, ook in zaken tegen de overheid. Tegelijkertijd moet zij de vrije beleidsruimte van de overheid respecteren. Daarom past de rechter terughoudendheid. Dat is een reden om het bevel te beperken tot 25%, de ondergrens van de norm van 25 tot 40%.”¹⁵

De Haagse rechtbank zegt dus uitdrukkelijk dat door deze beslissing het terrein van de politiek niet wordt betreden. Dat komt de rechter immers niet toe, dat is het domein van de wetgever of de beleidsmaker (de minister of regering).

De meesten onder u zullen wel aanvoelen dat de zaak wat ongewoon was. Er was in de eerste plaats een rechter die een heel concrete beleidsdoelstelling oplegt aan de overheid, gebonden aan een specifieke termijn van vijf jaar (2020 was de stip aan de niet zo verre horizon). In de tweede plaats werd het aansprakelijkheidsrecht ingezet op een wijze die niet vanzelfsprekend was, namelijk om algemene maatschappelijke belangen te borgen. Dat kenden we nauwelijks tot op heden, en was niet volgens de ‘heersende leer’. Het privaatrecht wordt hier in zekere zin ‘vermaatschappelijkt’ zou je kunnen zeggen; het wordt volop in het publieke domein en de publiekrechtelijke sfeer getrokken.

Discussie liet uiteraard niet lang op zich wachten, en de voor- en tegenstanders sloegen elkaar met onder meer *trias politica* argumenten om de oren. Zo stelde een zekere Bergkamp dat de rechtsstaat wordt verkwanseld, omdat de rechter volgens hem door een “zeer kleine minderheid” aangezet werd tot wat hij extreem activisme noemde. Maar recht en politiek zouden niet moeten worden verward, zo wil de *trias politica* het. En het model van de

¹⁵ Zie Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, p. 1. Zie verder voetnoot 27.

rechter als ‘De mond van de Wet’, zo stelt Bergkamp nog, ligt nog steeds ten grondslag aan de rechtsstaat.¹⁶ Of nog deze uitspraak van een lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal: “Als de rechter op de stoel van politici gaat zitten, kunnen we de Tweede Kamer net zo goed opdoeken en voortaan alles aan de rechter vragen.”¹⁷

Wat hierover te denken? Wordt dit debat door sommigen terecht als een onaanvaardbare inbreuk op de *trias politica* neergezet, als een kwestie die de rechter niet toekomt, en zelfs als een gevaar voor de rechtsstaat? Zelf denk ik dat een dergelijke opvatting aan de kern van de zaak voorbij gaat, en dat zal ik enerzijds illustreren aan de hand van vier elkaar overlappende stellingen en een nadere plaatsbepaling van de verschillen tussen wetgever en rechter met betrekking tot rechtsvorming (paragraaf III en IV), en anderzijds door devage stellingen tevens te situeren in het gedachtegoed van de meest prominente denker over de *trias politica*: Montesquieu (paragraaf V en VI). Ik besluit met een duiding van de meer algemene ontwikkeling die aanleiding geeft tot dit soort van procedures, ook wel *public interest litigation* genoemd (paragraaf VII). Bij dit alles staat vooral de rechtsbeschermingsfunctie van de rechterlijke macht centraal.

III. Vier stellingen

1. Wil de rechtspraak betekenisvol zijn dan is die onvermijdelijk dynamisch

In Nederland is er de laatste tijd heel wat irritatie tussen wetgever¹⁸ en Hoge Raad, en dat geeft aanleiding tot schermutselingen.¹⁹ De oorzaken daarvoor zijn divers, maar de ontwikkeling is onder meer het gevolg van het feit dat de samenleving veel complexer is geworden. Het gaat dan om een context van globalisering en wederzijdse afhankelijkheid (een context waarin Suriname uiteraard tevens is ingebed), een situatie waarin de maatschappelijke vragen en problemen veel *onoverzichtelijker* zijn dan vroeger, en als gevolg waarvan door middel van het recht én de rechtspraak heel complexe

¹⁶ L. Bergkamp, ‘Urgenda is gevaar voor de rechtsstaat’, *Opinie in NRC* 31 juli 2015.

¹⁷ <https://nos.nl/artikel/2055322-begrip-in-kamer-voor-beroep-kabinet-tegen-klimaatvonnis.html> (1 september 2015, naar aanleiding van de beslissing van de Nederlandse Staat om in hoger beroep te gaan). Deze en de in de vorige voetnoot geciteerde bron kwam ik op het spoor via J.M. Smits, ‘Urgenda en rechterlijk activisme: hoger beroep is een goede zaak’. Zie: www.maastrichtuniversity.nl/nl/blog/2015/09/urgenda-en-rechterlijk-activisme-hoger-beroep-een-goede-zaak

¹⁸ Dat is volgens artikel 81 van de Nederlandse Grondwet de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.

¹⁹ Die schermutselingen tonen zich heel hoffelijk trouwens, maar zijn er desondanks. Zie hierover bijvoorbeeld. I. Giesen, ‘De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014, p. 217-218.

belangenverhoudingen steeds vaker aan elkaar moeten worden gekoppeld (internationaal en nationaal).²⁰

Deze situatie leidt onder meer tot het steeds intensiever wetgevend en reglementair ingrijpen door de overheid en andere organen en instituties. Wetgeving en regulering zijn vandaag niet zozeer gericht op *rechtsvaststelling*, zoals tot aan de twintigste eeuw vaak exclusief het geval was²¹, maar eerder op *verandering, beheersing en controle*. Regulering wordt vrijwel exclusief gezien als een instrument van sturing en beleid, als een middel om maatschappelijke veranderingen op sociaal, economisch en cultureel vlak te bewerkstelligen, als een middel ook om risico's te beheersen, en om potentiële juridische problemen te voorkomen enz. Regulering met betrekking tot het milieu, informele arbeid, nieuwe sociale risico's of (bio)technologische ontwikkelingen zijn daarvan bijvoorbeeld het gevolg, waarbij het in heel veel landen veeleer de uitvoerende macht is (niet het parlement) die de regelgevende kaders stelt. Paradoxaal genoeg is er op een heel aantal domeinen overigens ook sprake van een terugtrekkende overheid, maar die maakt dan vaak weer zelf- en alternatieve regulering mogelijk: *soft law, co-regulation* en wat dies meer zij.²² Meestal wordt in die context gesproken over *new governance*.²³ Er is een veelheid aan actoren regulerend actief en er bestaan nogal wat soorten van regels.

Dit alles heeft ook gevolgen, zoals vrijwel overal in de westerse wereld, voor de kwaliteit van regelgeving. Opvattingen over wat sociale rechtvaardigheid en technologische ontwikkelingen vereisen, en de grote hoeveelheid aan gedetailleerde regelingen gericht op specifieke groeperingen en situaties die daarmee gepaard gaat, geven aanleiding tot gecompliceerd recht en tot regelketens die vaak ten koste gaan van kwaliteit en kenbaarheid. De ooit door de Franse revolutionairen aan de wet toegeschreven idealen van abstractie, algemeenheid en permanentie, ontstaan in een periode dat de staat een nachtwaker was met slechts enkele kerntaken op het programma, zijn in ieder geval in belangrijke mate verdwenen. Er is plaats gemaakt voor regulering die in voortdurende evolutie is, maar wel met de gevaren van incoherentie, onzeker- en tegenstrijdigheden tot gevolg, waarbij de algemeenheid van de rechtsregel en het gelijkheidsbeginsel dreigen te worden aangetast.²⁴ Die problemen zal nu juist de rechter vaak moeten oplossen. Welke rechtsregel is van toepassing, wat vereist de gelijkheid, wat mag het bestuur al dan niet doen

²⁰ Zie tevens M. Adams, 'Waarom het EHRM noodzakelijk dynamisch is, en democratisch bovendien', in J. Gerards en A. Terlouw (red.), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, p. 11-20.

²¹ Schwitters situeert de opkomst van een dergelijke instrumentele rechtsontwikkeling aan het einde van de negentiende eeuw. R. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering*, Deventer, Kluwer, 2008, p. 53.

²² L. Senden, 'Reguleringsintensiteit en regelgevingsinstrumentarium in het Europees Gemeenschapsrecht. Over de relatie tussen wetgeving, soft law en de open methode van coördinatie', *SEW. Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2008, p. 43-57.

²³ E. Korkea-aho, 'What is New about New Governance?', *Retfaerd* 2009, p. 3-22.

²⁴ A. Alen, '“Scheiding” of “samenwerking” der machten?', *Academiae Analecta* 1990, p. 54-55.

op basis van de hem toekomende bevoegdheden, is de regel in overeenstemming met fundamentele rechten? Dit alles grijpt dan bovendien plaats in een gelaagde nationale en supranationale rechtsorde, waarbij de wanden tussen publiek- en privaatrecht permeabel zijn.²⁵

Deze ontwikkelingen vinden plaats, en dat is hier van belang, in wisselwerking met de rechter zelf. Want die voelt door het steeds intensiever reglementair ingrijpen in de samenleving de behoefte aan (de ontwikkeling van) een aantal overkoepelende kwaliteitsmaatstaven waaraan moet worden voldaan, zoals algemene rechtsbeginselen, beginselen van behoorlijk bestuur, normen van redelijkheid en billijkheid, voorrangsregels, discretionaire bevoegdheden, evenredigheid en proportionaliteit, gelijke behandeling en non-discriminatie en andere soms vage normen. Een dergelijke wijze van redeneren, dat wil zeggen via de route van een veelheid aan ongelijksoortige rechtsbronnen die dan veelal aan de hand van overkoepelende beginselen van coherentie worden voorzien, was uitdrukkelijk, zo bleek in paragraaf II, aan de orde in de zaak Urgenda.

De mogelijkheden voor de burger om met de overheid en elkaar in discussie te treden worden hierdoor steeds groter. De rechter wordt steeds duidelijker een *troubleshooter*. Maar ook evolueert hij van een toepasser van het recht naar belangenbeslechter.²⁶ Daarmee doel ik op het feit dat in de geschillenbeslechting hoe langer hoe meer complexe belangenverhoudingen aan de orde zijn, waarbij de rechter niet meer kan volstaan met de toepassing van een rechtsnorm die uitdrukking geeft aan de door de wetgever gemaakte belangenafweging, maar waardoor hij zelf steeds explicieter een belangenafweging moet verrichten.

Wat belangrijk is om te constateren is dat de ontwikkeling naar een meer dynamische rechtspraak onvermijdelijk is door de geschetste ontwikkelingen. Willen we het recht als organisatievorm van maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen, en als mechanisme ter oplossing van de conflicten die daaruit ontstaan, op een behoorlijke wijze doen functioneren, dan is een dynamische rechter onmisbaar als spil. Als je dan zegt, zoals sommige critici van de casus Urgenda: die rechter moet in zijn hok blijven zitten en vooral fungeren als de mond van de wet, dan maak je die rechterlijke macht volstrekt marginaal en sta je met de rug naar de toekomst.

Ik denk dat dit laatste laatste mede de betekenis was van het inzicht dat ook de Rechtbank Den Haag onder woorden bracht in de Urgenda-zaak, toen die schreef: "De rechtbank moet rechtsbescherming bieden, ook in zaken tegen

²⁵ Hierover onder meer M. Adams en W.J. Witteveen, 'Gedaantewisselingen van het recht', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 540-546 (vooral verwijzend naar W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en rechtstoepassing*, Mechelen, Kluwer 2010).

²⁶ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijk rechtsvorming', in *Rechtsstaat & Beleid: een keuze uit het werk van E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle, Tjeenk Willink 1991, p. 296-312. Zie ook J. Spier en E. de Jong, *Shaping the Law for Global Crises. Thoughts about the Role the Law Could Play to Come to Grips with the Major Challenges of Our Time*, Den Haag, Eleven Publishing, 2012, 277 p.

de overheid.”²⁷ Zo ook de volgende betekenisvolle overweging uit het vonnis: “[E]lke staatsmacht [heeft] haar eigen opdracht en verantwoordelijkheden. De rechter biedt rechtsbescherming en beslecht rechtsgeschillen. Hij *moet* dit ook doen als het van hem wordt gevraagd. Het is een wezenlijk kenmerk van de rechtsstaat dat ook het handelen van (zelfstandig democratisch gelegitimeerde en gecontroleerde) politieke organen, zoals de regering en de volksvertegenwoordiging, kan – en soms zelfs moet – worden beoordeeld door de van deze organen onafhankelijke rechter.”²⁸ En inderdaad, als die rechter die rechtsbescherming niet meer heeft te bieden, waar is die dan wel voor?

2. Daag de rechter niet uit om beleid te maken

Bovendien, en in de tweede plaats, laat de wetgever kwesties zo nu en dan gewoon aanslepen, is die dus laks of neemt die heel slechte maatregelen. Soms gebeurt dat bewust, soms onbewust.²⁹ Waar het hier om gaat, is dat de rechter door dergelijke situaties wordt uitgedaagd om zich op dynamische wijze te manifesteren. Een mooi recent voorbeeld hiervan komt uit België.

De Belgische staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Theo Francken, kwam begin december 2016 prominent in het (vooral Belgische) nieuws. Een Syrisch gezin met drie minderjarige kinderen had een tijdelijk visum voor maximaal 90 dagen aangevraagd op de Belgische ambassade in Beiroet. Op basis daarvan zou het gezin naar België reizen, alwaar een verzoek tot asiel zou worden ingediend. De Belgische Dienst Vreemdelingenzaken wees de visumaanvraag af omdat duidelijk was dat het gezin langer dan 90 dagen in België wilde verblijven – een asielverzoek bleek immers het doel van de reis. Bovendien zou op basis van art. 3 EVRM (verbod op foltering) niet blijken dat België verplicht was om het Syrische gezin, dat voor het leven vreesde, tot hun grondgebied toe te laten dan wel humanitair asiel te verlenen. Deze en eerdere gelijkaardige casus leiden tot een driftig opbod aan procedures voor de

²⁷ Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, rechtsoverweging 4.95.

²⁸ Om in dezelfde rechtsoverweging te vervolgen met: “Dit betreft dan een rechtmatigheidsoordeel. De rechter treedt daarbij niet in het politieke domein, met de daarbij behorende afwegingen en keuzen. Hij moet zich, los van iedere politieke agenda, beperken tot *zijn* domein, de toepassing van het recht. Afhankelijk van de kwesties en vorderingen die hem worden voorgelegd, zal zijn toets meer of minder terughoudend zijn. Grote terughoudendheid of zelfs abstinentie is vereist als het gaat om beleidsmatige afwegingen van uiteenlopende belangen die de inrichting of de ordening van de samenleving betreffen. De rechter moet zich ervan bewust zijn dat hij slechts een rol speelt in een rechtsgeschil tussen twee of meer partijen. Overheden, zoals de Staat (met organen zoals de regering en de Staten-Generaal), moeten daarentegen een algemene afweging maken, met inachtneming van mogelijk veel meer posities en belangen.

²⁹ In Nederland blijkt de Hoge Raad dan soms bereid om tot het stellen van regels over te gaan, althans om verder te gaan dan normaal het geval is. Dat gebeurde recent onder meer bij principiële vragen over bewijsbeslag en aansprakelijkheid van de Staat bij overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure. Maar het kan ook gaan over bijvoorbeeld grote maatschappelijke vraagstukken zoals euthanasie.

zogenoemde Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen.³⁰ Steeds werd de Belgische overheid in het ongelijk gesteld. Nadat de overheid desondanks expliciet weigerde de vonnissen uit te voeren, trok een van de benadeelde families naar de rechter met een verzoek tot uitvoering en dwangsom. Het Brusselse Hof van Beroep oordeelde dat de beslissingen van de eerdere rechter moesten worden uitgevoerd, en dit op straffe van 1000 Euro dwangsom per gezinslid per dag.

Een en ander leidde tot een aantal opmerkelijke interventies van de vermelde staatssecretaris. Zoals: "Dit zijn krankzinnige arresten van één rechter", "Dat visum zal niet afgeleverd worden (...)." ³¹ "Geen dwangsommen en geen wereldvreemde rechters." ³² De politieke partij van de staatssecretaris startte een twitteraccount ter zijner steun ³³, en was ook in de traditionele media ter zake actief. "Voor deze vonnissen bestaat er geen draagvlak onder de bevolking." En "de rechters zijn hiermee verantwoordelijk voor de vluchtelingen crisis, omdat ze de grenzen weer open zetten." En mochten de rechters de staatssecretaris uiteindelijk geen gelijk geven, dan zitten "we met een majeur politiek probleem. Dan moet de regering ingrijpen." ³⁴ Gelijktijdig liet de partij door middel van een digitale flyer ook nog weten dat de rechter de wet strikt moet toepassen. De partijvoorzitter van de Staatssecretaris plaatste de casus in de sleutel van rechterlijk activisme ³⁵, en zijn persvoorlichter liet weten dat "we protesteren tegen het feit dat rechters te veel het beleid maken, terwijl dat het werk van politici is." ^{36 37}

³⁰ Dat is een onafhankelijk functioneel administratief rechtscollege dat bevoegd is in deze materie.

³¹ Wel had de staatssecretaris aangeboden de dwangsommen in afwachting van een definitieve beslissing op een geblokkeerde rekening te laten plaatsen (een zogenoemd 'kantonnement', een vorm van bewarend derdenbeslag). Uiteindelijk werd de uitvoering van de dwangsom opgeschort, tot er in deze zaak een finale beslissing zou zijn genomen.

³² www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20161208_02616006/

³³ Zie: #IkSteunTheo

³⁴ www.demorgen.be/politiek/rechts-versus-de-rechtsstaat-een-ordinaire-leugen-en-volksverlakkerij-bd1a4bdb/

³⁵ <http://atv.be/nieuws/video-francken-houdt-voet-bij-stuk-37985/>

³⁶ www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20161208_02616006/

³⁷ Inmiddels heeft de Grote Kamer van het Europees Hof van Justitie, in een spoedprocedure op prejudiciële vraag besloten dat het aan de Belgische rechter zelf is om uit te maken of er op basis van het EVRM een subjectief recht op een humanitair visum bestaat. Europees Hof van Justitie, 7 maart 2017, nr. C-636/16, X en X t. Belgische Staat; Conclusie van A-G Mengozz (zie met name de overwegingen in paragraaf 43-45 van het arrest). De staatssecretaris heeft daarop via een tweet laten weten: 'Yesss! Gewonnen!' In een op zijn twitteraccount geplaatste video laat hij bovendien opgelucht weten: "Het is gelukt, het Europees Hof van Justitie heeft ons gelijk gegeven (...). Dat betekent dat we gewonnen zijn [sic]. Volhouden helpt dus. Niet plooiën maar doorzetten." (www.facebook.com/franckentheo/videos/868290493309985). Of dat de meest juiste kwalificaties zijn bij het arrest van het Europees Hof van Justitie is niet zo zeker (uiteindelijk zal het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wel oordelen over de betekenis van het EVRM in dit soort van aangelegenheden). Einde juni 2017 werd ook beslist dat Francken de dwangsom niet hoefde te betalen, omdat de advocaten van het betreffende Syrisch gezin geen voortzetting van het beroep vroegen. De dwangsom was daarmee zonder voorwerp geworden. Een vraag over een aantal constitutionele implicaties van deze casus

Met betrekking tot gelijkaardige casus las ik recent in een Belgische krant tevens een opinieartikel van een bekend hoogleraar sociologie. Hij schrijft: "Een rechter die beleid maakt, ondergraaft de democratie."³⁸ Ook in dat artikel ging het over een rechterlijke uitspraak die het voor de Belgische overheid onmogelijk zou maken om vluchtelingen en economische migranten terug te sturen naar het land van herkomst, als ze niet aan de voorwaarden voor asiel voldoen. De reden daarvoor is dat Sudan, dat is daar waar de vluchtelingen waar het om ging vandaan komen, een land is waar die mensen gevaar lopen.

Ik meen dat de betreffende socioloog niet begrijpt wat rechterlijke dynamiek kan betekenen, en vooral ook niet hoe het kan ontstaan. Natuurlijk moet je als rechter niet al te zeer in de voetsporen treden van de wetgever of overheid. Onderscheid tussen rechter en wetgever of beleidsmaker bestaat wel degelijk (ik zal daar in paragraaf IV nog op ingaan). Maar het punt was: de Belgische overheid heeft duidelijke regels, was al vele malen uitgenodigd daar aan te werken (en had dat ook zeer goed kunnen doen), en laat het zover komen dat de rechter stevige signalen begint af te geven. "Let op: we passen het recht nu maar gewoon toe, en we begrijpen de maatschappelijke consequenties daarvan, maar u bent vele malen gewaarschuwd!" Om dan te roepen over al te dierste of activistische rechters is misplaatst. Zoals ook het commentaar van de Belgische politici dat ik eerder aanhaalde nogal kort door de bocht is. Paradoxaal deed die rechter eigenlijk vooral wat hij volgens critici van rechterlijk activisme moest doen: hij interpreteerde de wet op een nogal strikte wijze! Maar wat hier ook aan de orde is: als de overheid zelf uitdrukkelijk zegt rechterlijke uitspraken niet na te gaan leven, hoe kan dan van burgers worden verwacht of geëist dat die dat wel doen?

In ieder geval, waar de vermelde socioloog zegt dat een rechter die beleid maakt de democratie ondergraaft (hij leek in het opiniestuk nogal boos op die rechter), zeg ik het omgekeerde: overheid, neem je verantwoordelijkheid, en daag de rechter niet uit om tot uitspraken te komen die je niet aanstaan. Je zou ook kunnen zeggen dat hier sprake is van een systeem van communicerende vaten: hoe harder in het ene vat geduwd wordt, hoe steviger de reactie in het andere is. Hoe onevenwichtiger de ene macht handelt (of niet handelt), des te sterker zal de reactie van de andere zijn. En dan kan het wat de staatkundige verhoudingen betreft dus best spannend worden.

Voor mij was iets gelijkaardigs ook aan de orde in de casus Urgenda waarmee ik mijn uiteenzetting begon: de Nederlandse overheid had iets beloofd, namelijk reductie van CO₂-uitsstoot (en was daartoe ook verdragsrechtelijke verplichtingen aangegaan), maakte daar echter geen werk van (en rekende er wellicht op dat de rechter toch niet in actie zou komen), en pas dan zegt die rechter: "Oké, u krijgt nog één kans om echt in gang te schieten

werd tevens voorgelegd aan het Belgisch Grondwettelijk Hof, alsmede werd 'cassatieberoep' bij de lokale Raad van State aangetekend. Beide zaken zijn nog hangende.

³⁸ M. Elchardus, 'Een rechter die beleid maakt, ondergraaft de democratie', opinie in *De Morgen* 14 oktober 2017.

en uw beloftes waar te maken, en als u dat niet doet dan komt schadevergoeding in het vizier.” En dit in het licht van een prangende problematiek met internationale dimensies: *climate change* en de strijd daartegen. Dat is een voorbeeld van dynamische rechtspraak – een term die ik veel liever gebruik dan rechterlijk activistisme³⁹ –, van een rechter die zijn verantwoordelijkheid neemt in een samenleving die sterk in verandering is. En voor alle duidelijkheid: de Rechtbank Den Haag heeft in de zaak Urgenda niet gezegd *hoe* de overheid tewerk moet gaan, alleen maar *dat* die overheid in gang moet schieten. Als je die rechter deze dynamiek niet toestaat op basis van een verouderde opvatting over de *trias politica*⁴⁰, dan maak je die rechter zoals gezegd compleet betekenisloos; dan kan die geen rechtsbescherming meer bieden in een complexe en snel veranderende samenleving, waar dat nu juist nodig is. Ik geloof echt dat we dat niet moeten willen: niet in Nederland, niet in Europa, en naar ik aanneem ook niet in Suriname.

Maar een dergelijke stellingname vooronderstelt natuurlijk wel dat je hard werkt aan kennisverwerving en opleiding ten behoeve van die rechterlijke macht (en niet alleen daarvoor trouwens). Een gezaghebbende rol kan alleen maar worden opgenomen als de rechter ook met meesterschap over die complexiteit kan spreken. Het gaat dan over kennis over bijvoorbeeld financiële en economische verhoudingen en de regulering daarvan; over hoe recht in een globaliserende en technologisch veranderende samenleving tot ontwikkeling kan worden gebracht; over mensenrechten en staatkundige verhoudingen; over hoe de strijd tegen klimaatverandering vorm kan krijgen; over wat de betekenis is van maatschappelijk verantwoord ondernemen, en over wat dat juridisch vereist; over hoe verschillende rechtsordes zich tot elkaar verhouden (dus nationale, supra- en internationale rechtsordes), ook in de context van de Caricom.⁴¹ En het veronderstelt ook een zekere transparantie, bijvoorbeeld door het publiceren van je rechterlijke uitspraken.

3. Als de verschillende machten ten opzichte van elkaar geen gematigdheid weten te betrachten, worden democratie én rechtsstaat buiten spel gezet

Deze stelling vloeit voort uit de vorige. Punt is hier: de *trias politica* kan uiteindelijk alleen maar functioneren, als de machten zich op de een of andere manier ten opzichte van elkaar weten te gedragen, en hun verantwoordelijkheden ernstig nemen. En doen die dat niet, dan raakt het noodzakelijke evenwicht tussen de politiek of het beleid aan de ene kant, en de rechterlijke macht aan de andere kant – je zou ook kunnen zeggen: het

³⁹ De term heeft een al te negatieve bijmaak: het verwijst vrijwel steeds naar iets dat blijkbaar niet zou mogen, terwijl het meestal om een heel specifieke politieke voorkeur gaat.

⁴⁰ Over die *trias politica* meer in paragrafen V en VI.

⁴¹ De kwestie van de betekenis van supranationaliteit in de context van de Caricom lijkt me behoorlijk relevant voor Suriname. Zie met name de implicaties van de zaak ‘Shanique Myrie v Barbados’, *Caribbean Court of Justice Application No. OA 002 of 2012*, [2013] CCJ 3 (www.caribbeancourttofjustice.org/wp-content/uploads/2013/10/2013-CCJ-3-OJ.pdf).

evenwicht tussen democratie (volkswil via de wetgever) en rechtsstaat (bescherming van maatschappelijke belangen en vrijheid via de rechter) - uit balans.

Het zijn in ieder geval instituties zoals de rechterlijke macht die, onafhankelijk als ze zijn, het evenwicht tussen democratie en rechtsstaat moeten garanderen, die roekeloze besluitvorming moeten temperen door aan grensbewaking tussen samenleving en politiek te doen, die moeten faciliteren tussen continuïteit en verandering, en die de waarden van de rechtsstaat moeten bewaken en garanderen. En uiteindelijk steunt dit allemaal op wederzijds vertrouwen. De Amerikaanse opperrechter Stephen Breyer zegt daarover dat “[a]ls je het vertrouwen in instituties verwoest, dan heb je niets meer over.”⁴² Vandaar dat als de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht wordt ondergraven door toedoen van schamperende politici, om maar één voorbeeld te geven, het op termijn moeilijk zal blijken om publieke belangen, waaronder fundamentele rechten, te garanderen. Daar is niemand bij gebaat, want het is schadelijk voor democratie én rechtsstaat, die onlosmakelijk op elkaar betrokken zijn. Het is schadelijk voor de democratie, omdat democratie uiteindelijk veel meer is dan eens in de zoveel tijd naar de stembus gaan. Democratie is ook en vooral een methode om met de fundamentele meningsverschillen die er in iedere samenleving zijn een omgang te vinden.⁴³ Sterk uitgedrukt: het is het diep doorleefde alternatief voor een bloedige burgeroorlog, met pluralisme als noodzakelijke voorwaarde. En het is dus ook schadelijk voor de rechtsstaat, omdat die nu juist staat voor het faciliteren van die meningsverschillen en pluralisme, vooral door het erkennen van fundamentele rechten en het evenwichtig organiseren van de staatsordening.

Montesquieu, die als de vader van de *trias politica* wordt gezien, zei zelf vrijwel letterlijk dat het uiteindelijk om gematigdheid gaat. En hij doelde daarmee precies op dit evenwicht tussen de staatsmachten, dat volgens hem stevig geïnstitutionaliseerd moest worden. “Machtsmisbruik kan worden voorkomen wanneer de zaken zodanig zijn geregeld dat de macht de macht tot

⁴² In een recent interview in *NRC* (16 september 2017).

⁴³ Een van de belangrijkste denkers over democratie, de Franse politiek theoreticus Pierre Rosanvallon, stel in die zin terecht dat verkiezingen weliswaar een legitieme manier zijn om de macht op een democratische manier te organiseren, maar daarmee nog niet voldoende zijn om een democratie tot leven te brengen. Verkiezingen zijn weliswaar als procedure voor verkiezingen te aanvaarden, maar niet als rechtvaardiging voor een maatschappelijke diversiteit. Door die twee dimensies – realistisch verkiezingsprincipe versus veeleisender rechtvaardigingsprincipe – met elkaar te vereenzelvigen, sluit je een heel deel van je bevolking af, namelijk diegenen die niet in de meerderheidsmacht zijn vertegenwoordigd. Zie hierover zijn *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006 (vertaald als *Counter-Democracy. Politics in an Age of Distrust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008), en *La Légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, 2008, Paris, Seuil, 2008 (vertaald als *Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton, Princeton University Press, 2011). We citeren uit de Engelstalige edities. Zie tevens de Nederlandstalige inleidende bundel op zijn werk: *Democratie en tegen-democratie*, Amsterdam, Boom, 2012.

staan brengt.”⁴⁴ In paragraaf V ga ik er nader op in. Belangrijk hier is te beseffen dat een dergelijk standpunt alleen maar betekenis kan krijgen als er een cultuur van gematigdheid bestaat tussen de verschillende machten in de samenleving, met burgers die zich voor die samenleving willen engageren en die gehecht zijn aan de juridische vormgeving daarvan. Montesquieu wist zelf maar al te goed dat ieder politiek bestel uiteindelijk zeer kwetsbaar is, en dat er maar weinig hoeft te gebeuren om de gematigdheid te verliezen en in despotisme terecht te komen.⁴⁵

4. De *trias politica* kan alleen goed functioneren als de machten elkaar zien staan

Ik hoor u nu denken: elkaar zien staan? Wat kan dat nu betekenen als je als rechterlijke macht onafhankelijk bent en behoort te zijn? Ik doe één heel praktische suggestie, die ik ook al eens in de Nederlandse context heb geformuleerd, en dat is tot een jaarverslag te komen, zoals dat ook in Frankrijk – het land van Montesquieu! – bestaat.⁴⁶

Ten behoeve van de Franse Minister van Justitie (de zogenaamde *Garde des Sceaux*) wordt door het *Cour de cassation*, dat is de hoogste Franse rechter, jaarlijks een verslag gepubliceerd waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven ten aanzien van welke rechtsvragen het *Cour* moeilijkheden heeft ondervonden (inclusief pertinente suggesties aan het parlement ter verbetering). *Constatations* noemen ze die in het verslag. Het gaat veelal over zaken waarvan de stand van het recht te onduidelijk is of te veelomvattend voor de rechter, of waarvan het hof meent dat dit eerder iets voor de wetgever is. En het hof is bepaald niet verlegen in dat jaarverslag. Ik zou zeggen: indien de bevoegde minister of parlement vervolgens niets onderneemt, dan zou je als (hoogste) rechter met een schoon geweten eventueel in actie kunnen komen. Was dat niet wat er uiteindelijk gebeurde in de euthanasiekwestie in Nederland? Na vele jaren maatschappelijk en professioneel debat, waarbij een massa aan actoren in een complex samenspel betrokken waren - KNMG, ethische commissies van allerlei gezindten, openbaar ministerie, parlement, wetenschappers, enz. -, had dit nog niet geleid tot wetgevende actie.⁴⁷ Vervolgens kwam de Hoge Raad in 1984 met het bekende en baanbrekende arrest *Schoonheim*, waarin de krachtlijnen én contouren van het tot op heden geldende Nederlandse euthanasierecht werden geformuleerd.

⁴⁴ Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam, Boom, 2006 (vertaling door J. Holierhoek), Boek XI, hoofdstuk 4, p. 218.

⁴⁵ Hierover ook R. Foqué, ‘Debat: de scheiding der machten’, *Ethische Perspectieven* 2009, p. 348.

⁴⁶ M. Adams, ‘Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen à la française?’, *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1439-1443.

⁴⁷ Zie het mooie proefschrift van Heleen Weyers voor een uitgebreide beschrijving van de rechtsvormingsdynamiek inzake euthanasie: *Euthanasie. Het proces van rechtsverandering*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2004. De zojuist geformuleerde interpretatie is die van mezelf, niet die van Weyers.

Hoe dan ook, het mooie aan het jaarverslag is misschien vooral dat het ruimte laat voor belangwekkende inbreng van een prominente rechtsvormende actor (Hoge Raad), maar dat die inbreng wordt ingepast in een politiek systeem waarin voor ieder van de rechtsvormende actoren een geëigend domein bestaat.

Aldus zou je van allerlei vormen van contacten kunnen bedenken tussen wetgever en rechter, die wederzijds inspirerend zouden kunnen zijn met inachtneming van de rechterlijke onafhankelijkheid. Dat lijkt me een mooie vorm van 'constitutional dialogue' of staatkundige dialoog te zijn.

IV. Zijn er nog verschillen tussen wetgever en rechter?

Met het voorgaande is natuurlijk niet alles gezegd. Zo zou één van de vragen die nu nog leven kunnen zijn of er eigenlijk nog wel verschillen tussen rechter en wetgever zijn? En hoe zit dat dan met Montesquieu, die het toch over de rechter als 'mond van de wet' had?

Laat ik beginnen met de eerste vraag, de tweede komt in de volgende paragraaf aan de orde. Tussen recht spreken en wetgeven bestaan wat mij betreft wel degelijk verschillen en moeten ook verschillen bestaan. Die zijn echter niet zozeer te vinden in het identificeren van inhoudelijke themata waarover men als rechter al dan niet mag beslissen⁴⁸, maar eerder in de institutionele mogelijkheden van beide actoren. Die leggen namelijk beperkingen op aan de rechter.

Ik vermeld hier zes verschillen, maar er zijn er ongetwijfeld meer. Ze representeren een mix van feitelijke constatering en normatieve opvattingen:⁴⁹

- a) De verkozen wetgever heeft het rechtscheppings*primaat* maar geen rechtscheppings*monopolie* zoals politici en ouderwetse legalisten (of zijn het legisten?) al eens verkondigen; de rechter is zo gezien een eerder secundaire regelgever.
- b) In het verlengde hiervan: de rechter krijgt de gevallen die hij moet beslechten niet op eigen initiatief voorgeschoteld; hij heeft geen initiatiefrecht. *Ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*.
- c) De rechter heeft ook voor het overige beperktere mogelijkheden dan de wetgever; zo kan hij bijvoorbeeld moeilijk een uitvoeringsapparaat instellen of vergunningenstelsel in het leven roepen. Wat tegenwoordig zo nu en dan wel wordt gedaan, althans in Nederland, is dat de rechter een

⁴⁸ Iets dergelijks zou trouwens een inhoudelijke definitie van rechterlijk activisme vereisen, en ik denk dat die niet te geven is.

⁴⁹ Hierover tevens M. Adams, *Recht en democratie ter discussie. Opstellen over democratische rechtsvorming*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2006, p. 133-142 (met verdere verwijzingen).

zogenoemde termijn stelt aan de wetgever: een termijn waarbinnen de wetgever in actie moet komen.⁵⁰

- d) De beslissingen van de rechter zijn voor de burger en de overheid relatief onvoorzienbaar, waardoor er in vergelijking met de wetgever in principe minder of op een andere manier gelegenheid bestaat voor inspraak van maatschappelijke actoren of voor bepaalde vormen van informatievoorziening. Indien iets dergelijks ook wenselijk zou zijn in de context van de rechtspraak (denk dan bijvoorbeeld aan zogenaamde *Briefs* naar Amerikaans model), zou dat uitdrukkelijker geïnitieerd moeten worden.⁵¹
- e) Rechterlijke rechtsregels gelden in principe onder voorbehoud van nadere toetsing aan een concrete casus en zijn in concrete casus ingebed, iets wat bij wettelijke rechtsregels veel minder het geval is.⁵² De rechter is juist daardoor ook door de aard van de zaak gebonden, argumenteert in de context van een specifiek feitencomplex.
- f) De rechter dient onafhankelijk en onpartijdig te zijn, hij is immers niet verkozen. Voor de wetgever lijkt dat veel minder het geval; hij is daardoor vrijer in zijn bewegingsruimte.

Al bij al kan de rechtspraak weliswaar vergaande politieke implicaties hebben omdat de rechter door als scheidsrechter op te treden *ipso facto* het gedrag van leden van de samenleving stuurt. Maar het is een misverstand te stellen dat die daarmee van eenzelfde orde is als de politiek in de enge betekenis van het woord, i.e. de professionele *partij*politiek. De verkozen volksvertegenwoordiger bijvoorbeeld, hanteert een agenda waarbij hij wil of kan rekening houden met zijn achterban. De rechter daarentegen moet een oplossing zoeken voor rechtsvragen in de context van wet en jurisprudentie. De rechter mag niet uitgaan, in tegenstelling tot de volksvertegenwoordiger, van een particuliere of partijpolitieke agenda. Het rechtsvormingsproces door de rechter heeft zo begrepen juist eigen waarden, eigen redeneerwijzen, eigen manieren om conflicten op te lossen, die

⁵⁰ Zie G. Bogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2013. Zeker in belastingzaken komt dit 'op termijn plaatsen van de wetgever' regelmatig voor. Zie hierover R. Happé, 'Over Trias Politica en rechtsbescherming in het belastingrecht', in R. Janse e.a. (red.), *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2007, p. 63-67. Standaardarrest hier is het zogenaamde Arbeidskostenforfait-arrest, HR 12 mei 1999, *Nederlandse Belastingrechtspraak* (BNB) 1999/271 en *Nederlandse Jurisprudentie* 2000, p. 170, dat een verdere reikwijdte heeft dan het belastingrecht alleen. Tevens S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 2000, p.750-751.

⁵¹ J. Vranken heeft veel aandacht voor de mogelijkheden daartoe en ook voor de vragen die dat doet rijzen. 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1082-1093. Zie hierover verder tevens Scheltema, die dergelijke informatievoorziening vooral identificeert als een methode om de rechtspraak steviger democratisch te legitimeren. M. Scheltema, 'Is de rechter niet democratischer dan wij denken?', *Macht en verantwoordelijkheid. Essays voor Kees Schuyt*, J.W. Duyvendak e.a. (red.), Amsterdam, Amsterdam University Press, 2007, p. 232-333.

⁵² Dit is een kwestie waar Vranken sterk de nadruk op legt.

als zodanig niet inherent politiek zijn. De rechter moet namelijk te allen tijde garant kunnen staan voor een procesgang waarin argumenten onbevungen kunnen worden ingebracht en voor een beslissing waarin deze argumenten onbevooroordeeld tegen elkaar worden afgewogen.⁵³ Dit alles betekent overigens niet dat rechters geen politieke opvattingen mogen hebben. Integendeel, zij zullen zich daar zelfs uitdrukkelijk van bewust dienen te zijn, juist om er afstand van te kunnen nemen.⁵⁴ Zeker in het licht van het feit dat de rechter niet of niet direct ter verantwoording kan worden geroepen in een verkiezing of anderszins, is het van belang dat hij zich van deze beperkingen bewust is.

V. Montesquieu en de rechter als 'mond van de wet'

Charles-Louis de Secondat, Baron van Montesquieu en la Brède, werd in 1689 geboren in het Franse Bordeaux, twee maanden na de *Glorious Revolution* in Engeland, en stierf in 1755 te Parijs. Dat zijn naam al een aantal keer gevallen is, is natuurlijk geen toeval. Want hij is het geweest die met die *trias politica* school heeft gemaakt, met hem zijn we allemaal opgevoed. Als we die *trias politica* dus inroepen dan hebben we het dus vooral over zijn gedachtegoed, en hij is het die onderdeel is van ons collectieve geheugen.⁵⁵

Maar dan moeten we wel met dat collectieve geheugen aan de slag, want dat blijkt soms wat selectief of zelfs deficiënt. Het is eigenlijk opmerkelijk dat uit een boek van zo'n 900 pagina's – *De l'esprit des lois* (*Over de geest van de wetten*)⁵⁶, dat voor het eerst in 1748, na twintig jaar werk, anoniem werd gepubliceerd – enkele passages worden genomen⁵⁷ die dan vervolgens een volkomen eigen leven gaan leiden omdat ze veelal los van het grotere betoog van het boek worden geïnterpreteerd: over het belang van de gematigde staatsvorm, over de verhouding tussen recht en politiek, en over de betekenis van pluralisme.

Montesquieu onderzocht in zijn boek de politiek zoals die in zijn dagen daadwerkelijk, in al haar variaties, bestond en functioneerde. Hij ging als een

⁵³ W.J. Witteveen, 'Van wetstoepassing naar belangenafweging? De rechter als democratisch politiek orgaan', in A.A. Franken en E.P.M. Joosen (red.), *Wederkerige rechtsbetrekkingen. Belangenafweging door de rechter*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1993, p. 19.

⁵⁴ S. Royer, 'De professionele habitus van de rechter', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 1577.

⁵⁵ Natuurlijk, vóór Montesquieu was er al John Locke (1632-1740), de Engelse politieke denker die het ook over een taakverdeling tussen de verschillende staatsmachten had (hoewel de rechterlijke macht bij hem onderdeel van de uitvoerende macht was), en na hem was er Immanuel Kant (1724-1804) die er tevens gezaghebbend over heeft geschreven.

⁵⁶ Het boek is in het Nederlands vertaald door Jeanne Holierhoek: *Over de geest van de wetten*, Amsterdam, Boom, 2006, 888 p. De frase *les lois*, uit de Franse titel van het boek, verwees in het Franse politieke taalgebruik van de achttiende eeuw overigens eerder naar 'het recht' dan naar 'de wetten'. Zie R. Foqué, p. 347.

⁵⁷ Het gaat dan over enkele passages over de Engelse constitutie, in boek XI, hoofdstuk 6 (p. 219 e.v.).

socioloog op zoek naar de wetmatigheden - de geest - ervan.⁵⁸ Daarbij kende hij iedere samenleving een *esprit général* toe. Deze *esprit* werd volgens hem gevormd door fysieke oorzaken als klimaat, omvang van het grondgebied en bodemgesteldheid, maar ook door zaken als religie, geschiedenis, en zeden en gewoonten. De inwerking van deze verschillende factoren bracht een bepaald staatsstype voort, en in al de varianten aan staatsstypes die hij aantrof probeerde hij orde aan te brengen. Montesquieu maakte daarbij een onderscheid tussen de republiek, de monarchie, en de despotie of dictatuur. De eerste twee waren gematigde staatsvormen volgens Montesquieu, de laatste duidelijk niet.

Voor al de constitutionele vormgeving van het staatsbestel van Engeland, een land dat hij tussen 1729 en 1731 tijdens een lang verblijf had leren kennen, werd door Montesquieu als een evenwichtig stelsel gezien, omdat daarin de macht zichtbaar werd gemaakt (over de Engelsen zelf was hij overigens heel wat minder te spreken). Montesquieu herkende drie soorten functies in het Engelse bestel, respectievelijk een wetgevende, een uitvoerende en een rechterlijke functie. In eerste instantie omschreef hij het beginsel van de *trias politica* in het hoofdstuk over dat Engelse bestel inderdaad nogal principieel als een *scheiding* der machten, maar even verderop benadrukte hij duidelijk de idee van de *trias politica* als *machtsevenwicht*. Deze driedeling zou in een systeem van *checks and balances* genoeg waarborgen moeten bieden tegen een overmatige uitoefening van de staatsmacht. En zeker de rechterlijke macht zou als niet-politieke actor de gematigdheid moeten opbrengen waartoe de politieke machten maar weinig in staat waren. Het was als zodanig de bemiddelaar die roekeloze of onevenwichtige besluitvorming diende te temperen.

Montesquieu verlangde uiteindelijk een staatsinrichting waarbij de uitoefening van de macht over voldoende schijven liep om willekeur te vermijden. Het was hem daarmee te doen om het beperken (niet uitschakelen) van de macht van de monarch ten behoeve van, in de eerste plaats, de bescherming van de burgerlijke vrijheden. Zo moet ook zijn *trias politica* worden begrepen. De vraag of daarbij de staatsmacht noodzakelijk zou moeten worden uitgeoefend door of via het volk was voor Montesquieu niet echt aan de orde. Het was de vrijheid waar het hem om te doen was.

Algemeen wordt nu aanvaard dat Montesquieu het Engelse stelsel, zoals dat na de *Glorious Revolution* van 1688 was ontstaan en waarin inderdaad een vorm van machtsdeling tussen de adel in het parlement en de kroon was overeengekomen, op een veel te rooskleurige wijze heeft geschilderd. Maar het besef is gelijktijdig aanwezig dat dit wel eens heel bewust zou kunnen zijn gedaan. De doelstelling die Montesquieu zich stelde mag dan ook heel concreet begrepen worden. In de Franse context van zijn tijd zag hij namelijk met eigen ogen de monarch verworden tot een despotisch onderdrukker. De politieke

⁵⁸ Zie over wat volgt onder meer M. Adams, *Recht en democratie ter discussie. Essays over democratische rechtsvorming*, Leuven, Universitaire Pers, 2006, p. 109-117 en W.J. Witteveen, 'Zeer vrij naar Montesquieu', in P.B. Cliteur en M.R. Rutgers (red.), *De trias onder spanning*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1990, p. 29-51; Verder W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 100 p.

vrijheid werd met name bedreigd door het absolutisme dat Richelieu en Louis XIV in de voorgaande eeuw hadden gevestigd. Meer concreet wilde Montesquieu de Franse adel, waar hij zelf lid van was, verdedigen tegen de absolutistische aanspraken van de Franse koning. En juist het Engelse systeem, met haar bijzondere rol voor de adel in het parlement, zou een garantie voor de vrijheid van de bevolking kunnen betekenen. Montesquieu's beschrijving van het Engelse systeem dient tevens begrepen te worden als een stevige fingerwijzing naar de absolutistische verwording van de Franse monarchie.

Maar hoe zit dat dan met de uitspraak over de rechter als mond van de wet? Daar is inmiddels wel wat onderzoek naar gedaan, en in het bijzonder K.M. Schönfeld heeft een belangwekkende analyse gemaakt over de betekenis van die uitspraak.⁵⁹ Schönfeld bestrijdt met kracht van argumenten de opvatting dat Montesquieu daarmee wilde zeggen dat de rechter een subsumptie- of toepassingsautomaat diende te zijn. Een aantal redenen worden daartoe aangevoerd. Was Montesquieu immers geen voorstander van de Parlementen in Frankrijk, waarin de adel als voornaamste “*pouvoir intermédiaire*” weliswaar een belangrijke politieke invloed uitoefende door middel van de wetgevende taak, maar die zich gelijktijdig voor wat de rechterlijke functie betreft niet bepaald als een rechter-automaat gedroeg?⁶⁰ Tevens staat de betreffende frase te lezen in een passage die de Engelse constitutie uiteenzet. En juist in Engeland was de wet als rechtsbron van weinig belang. De rechter sprak in Engeland immers, ook toen al, recht op basis van precedents. Montesquieu was zich terdege bewust van deze Engelse werkelijkheid⁶¹, hetgeen een lezing van het woord “*loi*” met als loutere betekenis ‘wet’ - een lezing met verregaande normatieve implicaties - onwaarschijnlijk maakt. Anders gezegd: het Engelse recht (de ‘*common law*’) is ‘*judge-made law*’, en de aan Montesquieu toegeschreven fixatie op de wet lijkt alleen al om die reden niet adequaat. Verder vraagt Schönfeld zich af waarom Montesquieu, indien hij zich dan misschien zou willen distantieëren van de Engelse werkelijkheid, dat niet duidelijker heeft gedaan. En was Lord Coke, wiens denken een belangrijke invloed op Montesquieu uitoefende en die ook al de beeldspraak van de rechter als mond van de wet hanteerde, niet een van de belangrijke verdedigers van een onafhankelijke rechterlijke macht? Een macht bovendien die volgens Coke zelf mocht bepalen wat geldend recht was?⁶² De

⁵⁹ K.M. Schönfeld, *Montesquieu en “la bouche de la loi”*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979, 95 p. (door dezelfde auteur van een update voorzien in 2012: *Montesquieu en “La Bouche de la loi” revisited*, Leiden-Den Haag, 2012, 44 p. Hierin zijn tevens verwijzingen te vinden die de stellingen van Schönfeld uit 1979 verder ondersteunen).

⁶⁰ *Ibid.*, p.25-26. De Franse parlementen hadden tijdens het *Ancien Régime* immers de bevoegdheid om als hoogste rechtbanken zogenaamde *arrêts de règlement* te vellen. Deze *arrêts* waren niet alleen van toepassing op het concrete geschil dat erdoor werd beslecht, maar waren, zoals een wet, tevens gericht op de toekomst en hadden een werking *erga omnes*. Ze kwamen in het algemeen tot stand naar aanleiding van een kwestie die een nieuw juridisch probleem opriep. Zie hierover R.C. Van Caeneghem, *Geschiedkundige inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 104-105 en F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français: des origines à la Révolution*, Parijs, Domat Montchrestien, 1948, p. 538.

⁶¹ K.M. Schönfeld, *Montesquieu en “la bouche de la loi”*, p. 34-35.

⁶² *Ibid.*, p.46.

beeldspraak over de rechter als mond van de wet vindt volgens Schönfeld zijn oorsprong in de machtsstrijd tussen respectievelijk koning en rechterlijke macht (Engeland) en koning en parlementen (Frankrijk). Wie mag zich de mond van de wet noemen: de vorst of de rechter? Met andere woorden: *rex est lex loquens* óf *judex est lex loquens*? Uiteindelijk neemt Montesquieu met het gebruik van deze beeldspraak dus tevens (en opnieuw) stelling in een debat over de absolutische aanspraken van de monarch en de onafhankelijkheid van de rechter.⁶³

VI. Wat kan een zinvolle interpretatie van de trias politica nog zijn?

Wat zou een zinvolle interpretatie van de *trias politica* anno 2017 kunnen zijn? Wat voor betekenis kan het hebben om in Suriname, in dit tijdsgewricht, na te denken over de erfenis en implicaties van het gedachtegoed van een Europese denker – blank en van adellijke adkomst – die al ruim 260 jaar geleden overleed? Het denken van Montesquieu is natuurlijk niet zonder meer verplaatsbaar naar de hedendaagse tijd; daarvoor is zijn tijd te uniek, en zijn de problemen en vragen waarmee we heden ten dage geconfronteerd worden te specifiek. Desondanks zijn er lessen te trekken, maar dan onder erkenning van het authentieke denken van Montesquieu; we zouden dus kunnen denken in zijn geest. Twee lessen zijn nog steeds actueel meen ik.

In de eerste plaats: hoe contextspecifiek Montesquieu ook blijkt te zijn, toch lijkt me het dragende principe dat achter de *trias politica* schuilgaat ook vandaag nog uitermate relevant: in Nederland en in Suriname. Namelijk dat het om een systeem gaat dat als bedoeling heeft ongecontroleerde machtsposities, machtsoverschrijdingen of willekeur onder bedwang te houden of tegen te gaan. Macht die overheerst is immers bedreigend en moet door tegenmacht onder controle worden gehouden. En dus ook zichtbaar zijn, want anders is controle niet mogelijk. Die controle van de macht maakt de eerder vermelde gematigdheid ook mogelijk, en het in het vizier krijgen van machtsposities is daartoe noodzakelijk. Gematigdheid is de lens waardoor je alle staatkundige verhoudingen kunt analyseren.⁶⁴

Toepassing van de leer van de *trias politica* in welke vorm dan ook, en dat lijkt een volgende – tweede – les te zijn van Montesquieu, grijpt niet plaats *in abstracto*, maar is afhankelijk van de aard van de thematiek die zich aandient en de wijze waarop die thematiek in de praktijk en een bepaalde context (Montesquieu zou het over ‘de aard van het bestel’ hebben) ontplooit. De uitoefening van bevoegdheden door een van de machten in de staat moet passen in het geheel waarbinnen de betreffende macht zijn functie uitoefent en de aard van de problemen waarvoor die zich geplaatst ziet. Wat dan in het ene land nodig is, is dat niet noodzakelijk in het andere, en het goed begrijpen van lokale politieke arrangementen en institutionele vormgeving is wezensnoodzakelijk om

⁶³ *Ibid.*, 54-55 (zie tevens de in voetnoot 56 vermelde update uit 2012).

⁶⁴ En dan kan het zo zijn dat je constateert dat er heel wat meer machten dan alleen de officiële in je analyse moeten worden betrokken (in de volgende paragraaf meer daarover).

een goed oordeel te kunnen vellen. De *trias politica* is zo gezien ook een relationeel concept en zeker niet star of statisch. Ook dat lijkt me vandaag een uitermate belangrijk inzicht te zijn.

De eventuele spanning die een bepaalde taakinvulling door een van de machten oproept is daarmee niet noodzakelijk een probleem. Dat er spanningen tussen de verschillende machten worden geconstateerd, kan zelfs als een bewijs worden genomen voor het goed functioneren van de verschillende machten ten opzichte van elkaar.⁶⁵ Maar juist daarom is het in een moderne staat nodig om te blijven oordelen over de vraag of er onder het mom van het vestigen van een machtsevenwicht in feite geen nieuwe ongecontroleerde machtsposities worden ingenomen⁶⁶: machtsconcentratie moet hoe dan ook worden tegen gegaan. Teugels en tegenwichten, daar gaat het om.

Het is verrassend om te zien hoe actueel het gedachtegoed van een denker uit de achttiende eeuw blijkt te zijn.

VII. Een excursie in het democratische veld: public interest litigation en de rechter als hoeder van het algemeen belang

De casus Urgenda, waarmee ik deze uiteenzetting opende, staat niet op zichzelf. De laatste jaren zien we procedures over gezondheidsrisico's, de handhaving van het rookverbod, gaswinning in de provincie Groningen, willekeurige risicoprofilering van burgers; de rechter wordt steeds vaker ingezet om verhaal te halen voor wat als falend of onrechtmatig overheidsbeleid wordt gezien.⁶⁷ ⁶⁸ Het gaat dan tevens om het bewust - strategisch - inzetten van de civiele of bestuursrechter ter behartiging van maatschappelijke belangen die in de ogen van de eisers niet voldoende via de reguliere democratische procedures kunnen worden aangepakt.⁶⁹ Zo begrepen komt in deze ontwikkeling ook breed gedeelde maatschappelijke ontevredenheid over klassieke democratische vertegenwoordigingssystemen tot uiting. Open inderdaad een willekeurige krant of internetpagina, en de kans dat het onbehagen hierover je als een gure wind om de oren waait is niet gering.⁷⁰

⁶⁵ Cfr. W.J. Witteveen, 'Zeer vrij naar Montesquieu', p. 49.

⁶⁶ W.J. Witteveen, 'Van wetstoepassing naar belangenafweging?', p. 19.

⁶⁷ Deze paragraaf steunt deels op M. Adams, 'Multiple politica en tegendemocratie. Politieke representatie en algemeen belang na 100 jaar algemeen kiesrecht (2017-2019)', *Nederlands Juristenblad* 2016, p. 2430-2437.

⁶⁸ Zie hierover instructief E.R. de Jong, "Strijd over luchtkwaliteit: de maatschappelijke processen achter risicoregulering", *Recht der Werkelijkheid. Tijdschrift voor de sociaal-wetenschappelijke bestudering van het recht* 2016, p. 54-62 en T. Arnoldussen, *The social construction of the Dutch air quality clash*, The Hague, Eleven Publishing 2016, 461 p.

⁶⁹ E.R. de Jong, "Strijd over luchtkwaliteit", p. 58.

⁷⁰ Deze kritiek leeft uiteraard niet alleen in Nederland, en lijkt me wereldwijd zelfs een van de meest prominente symptomen van maatschappelijk onbehagen. Zo constateerde in het Verenigd Koninkrijk, toch de bakermat van het parlementaire stelsel, constateerde in 2012 een *Democratic Audit* dat de parlementaire democratie er 'op sterven na dood' is. En in de

Waar we getuige van zijn, is dat onder druk van grote maatschappelijke verdeeldheid en complexiteit de democratie een nieuwe gedaante krijgt, en dat de democratische orde zich steeds meer organiseert als een al dan niet georganiseerd of gestructureerd geheel van bewegingen, denkbeelden en stromingen die druk uitoefenen op vooral de officiële politieke structuren. Dat kan dan gebeuren door onafhankelijke *Think tanks*, audits en evaluaties, door zogenoemde rekenkamers, universiteiten en onderwijsinstellingen, of door kwaliteitsvolle journalistiek. Maar ook de opkomst van referenda past in dit beeld, zoals in Nederland het raadgevend referendum over het associatieverdrag tussen de Europese Unie en de Oekraïne, of het referendum over de Brexit in het Verenigd Koninkrijk, en recent het referendum in Catalonië. Het werd door de initiatiefnemers vooral gehanteerd om als breekijzer ten aanzien van de gevestigde politieke orde te fungeren. Het gaat om de tegenstem, die zich veelal richt op één of enkele vraagstukken: dierenrechtenorganisaties, NGO's, Occupy, enz. De opkomst van opiniepeilingen past eveneens in dit beeld. Vaak staat niet zozeer de positieve volkswil staat erin centraal, maar vooral ook wat het volk niet wil. Positief geformuleerd zou men dat *civil society* kunnen noemen. Onafhankelijkheid of onpartijdigheid is in ieder geval niet noodzakelijk het meest belangrijke kenmerk van deze hindermacht, en meestal manifesteert het volk zich hier als een losse niet-geïstitutionaliseerde combinatie van toezichthouder of controleur, aanklager en arbiter.

Het gaat daarbij denk ik om misschien wel een van de meest opvallende democratieontwikkelingen van de laatste decennia, namelijk dat de burger via alternatieve routes bepaalde ontwikkelingen bespreekbaar en bekritiseerbaar maakt, zodat er verzet tegen kan worden georganiseerd. Een kiesprocedure eens in de zoveel jaar past dan weliswaar in een cyclische opvatting van vertegenwoordigende democratie, maar eigenlijk dient zich hier een ander type van politieke representatie aan: losgekoppeld van verkiezingen, permanent aanwezig maar soms toch grillig, territoriaal bepaald of transnationaal, en evenals parlementaire en politieke organen in staat om aan maatschappelijk significante agendasetting te doen. Het oude maxime van de vertegenwoordigende democratie dat één persoon, één stem en één vertegenwoordiging met elkaar verbindt maakt dan plaats voor – of wordt geplaatst naast – de nieuwe norm van de zogenoemde 'waakhondendemocratie' of van de meervoudige representatie: "One person, many interests, many voices, multiple votes, multiple representatives."⁷¹ Je zou

Verenigde Staten functioneert de parlementaire democratie al jaren moeizaam, getuige de 'hyperpolarisatie van het Congres' die onder President Obama al sterk aanwezig was. Dat is er met President Trump niet minder op geworden. En wat te denken van de Europese Unie? De democratische legitimiteit daarvan is al decennia onderwerp van debat, en bij verkiezingen voor het Europese Parlement is de opkomst van kiezers rondt laag. En dat zijn maar wat in het oog springende voorbeelden.

⁷¹ J. Keane, *The Life and Death of Democracy*, London, Simon and Schuster, 2009, p. 691. De term waakhondendemocratie komt tevens van Keane.

ook kunnen zeggen dat de *trias politica* zich aan het ontwikkelen is tot wat ik dan maar een *multiple politica* noem.

Het goede nieuws is dan dat vertegenwoordiging wel degelijk plaatsgrijpt, al is het dan niet via de reguliere wijze van politieke verkiezingen. Maar er zijn aan natuurlijk ook nadelen. Vaak is bijvoorbeeld niet duidelijk wie er überhaupt eigenlijk wordt vertegenwoordigd door al die bewegingen, en op welke legitimiteit ze zich beroepen. Een en ander lijkt bovendien steeds vaker samen te gaan met een politiek taalgebruik dat er vanuit lijkt te gaan dat democratie een wedloop is, waarbij de tegenstander moet worden verslagen. Het sluiten van bijvoorbeeld compromissen, meestal hoogst noodzakelijk wanneer er democratisch moet worden samengewerkt, is dan een vorm van verraad.⁷² In een dergelijke cultuur is de vraag naar wat goed is voor de samenleving als geheel – datgene wat we definiëren als het ‘Algemeen Belang’ – niet meer zo belangrijk. Zo bekeken lijkt het er op dat de politiek zelf aan het ‘vermarkten’ is, en het marktpincipe – *the winner takes all!* – de bedgenoot van de democratische rechtsstaat is geworden.⁷³

De gebrekkige aandacht voor het algemeen belang of de publieke zaak, toont zich tevens in het verdwijnen van het politieke midden; in het bedrijven van *fact free politics*; in zwevende kiezers en het varen op permanente peilingen; in een overmatige aandacht voor politieke incidenten en kortetermijnoriëntatie; in een politiek-bestuurlijk taalgebruik dat vrijwel exclusief instrumenteel is en dat het overwegend heeft over efficiëntie en doelmatigheid; in een op snelheid gericht besluitvormingsproces; en ook in ferme taal die politieke daadkracht wil bevestigen. De opkomst van internet, en een daarbij horende mediacultuur, speelt hierbij een belangrijke rol, heeft zelfs een *multiplier* effect. Het resultaat is dat het publieke en politieke debat zich inmiddels door een openheid en snelheid kenmerkt die zijn weerga niet kent.

Om terug te komen bij de thematiek die in deze rede centraal staat: burgers, of organisaties van burgers, aarzelen dus ook niet om naar de rechterlijke macht te stappen, om via die route hun ongenoegen te uiten. En dat is precies wat er gebeurde in de casus Urgenda.⁷⁴ Want pas nadat er al een

⁷² Zie hierover ook het belangwekkende boek van M. Ignatieff, *Vuur en as. Succes en falen in de politiek*, Amsterdam, Cossee, 2013 (vertaald uit het Engels: *Fire and Ashes. Success and Failure in Politics*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2013). In een gelijkaardige stemming wees ook Hirsch Ballin er in zijn Rechtsstaatlezing uit 2013 op dat het versnelde en verhevigde proces van politieke meningsvorming een directheid heeft gekregen waarin voor reflectieve argumentatie geen ruimte meer is. En daarbij heeft het pure meerderheidsdenken de wind zozeer in de rug gekregen dat het aan de kracht daarvan lijkt overgeleverd. E.M.H. Hirsch Ballin, *De Grondwet in politiek en samenleving*, Den Haag, Boom Lemma uitgevers, 2013, p. 17.

⁷³ Vgl. F. Zakaria, *De toekomst van de vrijheid. De paradoxen en schaduwzijden van democratie*, Amsterdam, Contact, 2004, p. 207.

⁷⁴ Opvallend is ook de volgende video, die door de Stichting Urgenda zelf werd gemaakt: www.youtube.com/watch?v=9YCb1ZMMZqA. We zien blijde en geëmotioneerde ‘overwinnaars’, die spreken alsof er een veldslag is gewonnen. Hier werd echt strijd geleverd. Let ook op het kind dat naast de directeur van de Stichting Urgenda zat: daarmee bracht men tot uitdrukking dat de zaak ook om verantwoordelijkheid voor toekomstige generaties ging.

tijdje briefwisseling was geweest met de Minister-President en de bevoegde bewindspersonen, en men daar maar steeds de deksel op de neus had gekregen, besloot de Stichting Urgenda naar de rechter te stappen om daar genoegdoening te halen.

Illustratief is tevens een project dat nog niet zo lang geleden werd opgestart door het *Nederland Juristen Comité Mensenrechten* (NJCM), het zogenoemde *Public Interest Litigation Project* (PILP). Het gaat om een vijfjarige pilot, waarmee, volgens de website van het project⁷⁵, de mogelijkheden van strategisch procederen op het gebied van mensenrechten in Nederland worden verkend. "Soms zijn de gebaande paden platgetreden. Soms helpt overleggen en lobbyen 'alleen' niet meer. Dan kan het nodig zijn om juridische stappen te zetten." Het is alsof de initiatiefnemers van Urgenda aan het woord zijn! Ook bij PILP gaat het dus om het op een strategische manier inzetten van een juridische procedure om sociale, politieke of juridische veranderingen te proberen teweeg te brengen. Het kan, nog volgens de website, individuen en minderheden een stem geven en degenen wier mensenrechten op het spel staan toegang tot het recht verschaffen. De binnen het PILP geselecteerde zaken betreffen altijd één of meer mensenrechten. Tevens beogen de zaken het algemeen belang te dienen.

Al deze ontwikkelingen maken de rol van de onafhankelijke rechter steeds belangrijker, en het is dan ook geen toeval dat in dit verband vooral diens functie als rechtsbeschermer en hoeder van het algemeen belang de nadruk krijgt. En overigens gaat het de initiatiefnemers voor dergelijke rechterlijke procedures vaak niet alleen om het winnen van de zaak, veelal wordt die rechter tevens heel bewust ingezet om meer maatschappelijke én politieke aandacht voor een vraagstuk te genereren: het gaat dan om *agenda setting* via *social* en andere media, door *crowd funding* en door te procederen namens heel geëngageerde burgers, door op TV te verschijnen, door de dagvaarding op internet te zetten en burgers bij het uitwerken daarvan te betrekken, allemaal elementen die ook in de zaak Urgenda aan de orde waren.⁷⁶

Dat op die rechter steeds vaker een beroep wordt gedaan is daarmee niet alleen een teken van steeds grotere complexiteit van de problemen die op ons afkomen⁷⁷, maar ook een teken dat de verhouding tussen de officiële staatsmachten uit balans is. Maatschappelijke vragen worden ook in de juridische sfeer getrokken omdat de overheid ze negeert. Eerder zei ik daarover: daag de rechter niet uit om beleid te maken.⁷⁸ Schrijver zet dat inzicht in zijn commentaar op de zaak Urgenda scherp in de verf. Hij wijst er namelijk op dat het lijkt alsof de uitvoerende macht zich vooralsnog weinig van het vonnis aantrekt: kolencentrales worden weer intensiever gebruikt (om het verlies aan Gronings aardgas te compenseren), het weggennet wordt opnieuw

⁷⁵ Zie de website <https://pilpnjcm.nl>

⁷⁶ E.R. de Jong, "Strijd over luchtkwaliteit, p. 60.

⁷⁷ Zie paragraaf III.1.

⁷⁸ Zie paragraaf III.2.

uitgebreid, de maximale snelheid wordt verhoogd, enz. “De regering zet daarmee niet alleen de Haagse rechter in zijn hemd, maar draagt ook bij aan het verlies van de legitimiteit van de overheid als geheel, kortom de gehele trias politica (...).”⁷⁹ Dan is het wachten op nieuwe procedures.

VIII. Slotbeschouwing

En zo verschijnt die rechter als een dynamische actor in een samenleving die voor heel wat uitdagingen staat. Het gaat dan om een rechter die de tekenen van de tijd goed waarneemt, en die zich daardoor tot een betekenisvolle arbiter kan ontwikkelen. En die rechter geeft bovendien de democratische rechtsstaat diepere betekenis, omdat die zich uitdrukkelijk op constructieve en kritische wijze verhoudt tot de andere machten, iets waarvan we beseffen dat zoiets alleen maar mogelijk is als die machten elkaar zien staan. Een dergelijke taakopvatting kan, zo bleek, niet door een verouderde en zelfs onjuiste opvatting over het gedachtegoed van Montesquieu worden ondergraven. Sterker nog, dergelijke taakopvatting weet er zelfs ondersteuning in te vinden, en het denken van Montesquieu blijkt verrassend actueel! Het kan geen kwaad om daar aan te blijven herinneren.

⁷⁹ N.J. Schrijver, ‘Wie is de keizer zonder kleren?’, p. 238.